

A PONDERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE BALANCING IN THE BRAZILIAN 2015 CIVIL PROCESS CODE

Anizio Pires Gavião Filho ¹

Gabriela Cristina Back ²

RESUMO: O novo Código de Processo Civil determina no seu art. 489, § 2º, que o juiz realize a justificação da “ponderação” realizada no caso de “colisão entre normas”. O objetivo principal do trabalho é demonstrar as diferentes possibilidades de interpretação do citado dispositivo. Para tanto, imprescindível analisar as possíveis teorias que inspiraram a redação do art. 489, § 2º do Código de Processo Civil, bem como as consequências e implicações da adoção dos termos presentes na norma. Nesse sentido, destaca-se a obra de Robert Alexy. O trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, no qual será realizada revisão bibliográfica específica e atualizada sobre os temas em análise, com aplicação técnica de pesquisa bibliográfica e documental-legal. Ao final, três diferentes possibilidades de interpretação são apresentadas.

Palavras-chave: Ponderação; normas; interpretação; Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The new Brazilian Code of Civil Procedure determines in its art. 489, § 2, that the judge makes the justification of the “balancing” carried out in the case of “collision between norms”. The main objective of this paper is to demonstrate the different possibilities of interpretation of that rule. For that, it is essential to analyze possible theories that inspired the writing of art. 489, § 2 of the Code of Civil Procedure, as well as consequences and implications of adopting the terms in the named rule. Therefore, the work by Robert Alexy stands out. The paper will be developed using the deductive method, in which a specific and updated bibliographic review will be carried out on the subjects under analysis, with technical application of bibliographical and documentary-legal research. In the end, three different possibilities of interpretation are presented.

Keywords: Balancing; norms; interpretation; Code of Civil Procedure.

¹ Doutor em Direito pela UFRGS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (PPGD/FMP). Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Procurador de Justiça/RS.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (PPGD/FMP).

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem o propósito de discutir a ponderação no Novo Código de Processo Civil.

O Brasil teve três Códigos de Processo Civil. O primeiro de 1939, criado após a Constituição Federal de 1934, fixa a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, revogando os então existentes Códigos estaduais e demais normas. Após, em 1973, foi promulgada a Lei 5.869, a qual criou o novo regulamento do processo civil nacional, conhecido como o Código de Processo Civil de Buzaid. Essa legislação, entretanto, com o passar do tempo, tornou-se insuficiente para tratar dos conflitos envolvendo as relações intersubjetivas, como as que ocorrem na atualidade. Assim, iniciaram-se os estudos que culminaram na edição da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, inaugurando novo marco no estudo do direito processual no Brasil.

O Código de Processo Civil de 2015 apresentou diversas modificações significativas, uma vez comparado com o de 1973. Dentre elas, destacam-se os princípios da não surpresa e do contraditório dinâmico, modificação do sistema de tutelas provisórias, sistema de precedentes vinculantes, maior exigência de argumentação nas decisões, alterações nos poderes do relator, bem como a modificação do catálogo de recursos.

Dentre as previsões do novo Código, destaca-se a inserida no art. 489, § 2º, que determina justificação da “ponderação” realizada no caso de “colisão entre normas”. Essa redação parece ter desagradado. O objetivo principal desta investigação é demonstrar as diferentes possibilidades de interpretação dessa disposição jurídica. Para tanto, imprescindível analisar os possíveis fundamentos teóricos que inspiraram a redação do art. 489, § 2º do Código de Processo Civil, bem como as consequências e implicações da adoção dessas formulações.

Dada a importância da obra de Robert Alexy e seus comentários acerca da ponderação, sua obra será analisada para fins de elucidação da temática e também com objetivo de comparação com estudos de outros juristas, incluindo estudiosos do sistema jurídico brasileiro. O trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, no qual será realizada revisão bibliográfica específica e atualizada sobre os temas em análise, com aplicação técnica de pesquisa bibliográfica e documental-legal, além da leitura de textos e a análise de documentos normativos.

Espera-se que este trabalho possa contribuir para uma melhor reflexão sobre tema. Não há pretensão de finalizar o debate, propondo uma única forma de interpretação do art. 489, §2º, do Código de Processo Civil. O que se pretende, na verdade, é a esquematização de um estudo que busque e sistematize as possíveis interpretações da disposição jurídica, com suas fontes e consequências. Assim, será possível fomentar a discussão acerca do significado da ponderação de normas no Código de Processo Civil.

2 OS FUNDAMENTOS DA PONDERAÇÃO

A ponderação é uma temática complexa e, por isso mesmo, objeto de intensas controvérsias. A disposição do art. 489, §2º, do Código de Processo Civil, ao falar em “ponderação” e “colisão de normas” não fez outra coisa que não incrementar essa discussão.

A ponderação se insere no contexto da teoria e filosofia do Direito de Robert Alexy desenvolvida nos últimos 40 anos. O que segue tem a pretensão de examinar e lançar as traves elementares da ponderação no âmbito das formulações de Robert Alexy, bem como avaliar como a dogmática jurídica brasileira entendeu a ponderação e se isso faz sentido a partir da disposição jurídica sobre a ponderação disposta no Código de Processo Civil de 2015.

Então, nos pontos seguintes, será feita uma breve explanação acerca das formulações de Robert Alexy sobre a ponderação, bem como a comparação e os comentários de autores brasileiros

sobre o tema. Ressalta-se que o trabalho não tem pretensão de esgotar a discussão ou exaurir o exame da obra de Robert Alexy, mas apenas trabalhar os tópicos necessários para o estudo do problema proposto. Ao final, espera-se apresentar fundamentos suficientes para a ponderação como pretendido no Código de Processo Civil de 2015.

2.1 Direitos fundamentais, princípios e regras

Dentre os juristas que estudaram a ponderação, destaca-se com grandeza o alemão Robert Alexy. Na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, datada de 1985, o jurista examina as implicações decorrentes da redação de um catálogo de direitos fundamentais, especialmente no âmbito constitucional. Analisando a importância da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre direitos fundamentais, Robert Alexy busca “respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos”. Importante destacar que Robert Alexy mostra preocupação com a aplicação do direito, não apenas com a sua teorização. Assim, demonstra interesse em desenvolver sua tese da forma mais completa e útil possível, esperando que ela possa auxiliar a resolução de outros problemas (ALEXY, 2011, p. 25-29).

Um dos pontos essenciais da teoria de Alexy diz respeito à análise do sistema jurídico enquanto um composto de normas jurídicas. Dessa forma, construindo uma teoria dos princípios, o autor defende a ideia de que os sistemas jurídicos são constituídos por dois tipos de normas: regras e princípios. Portanto, regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Se válidas, essas determinações devem ser aplicadas na sua totalidade. Por outro lado, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus tanto quanto possível. Para o autor, as normas de direitos fundamentais são princípios (ALEXY, 2011, p. 85-91).

A diferença entre regras e princípios evidencia-se com maior clareza nos casos de embates entre normas. Quer dizer, caso as normas fossem aplicadas isoladamente em sua totalidade, ocasionariam resultados inconciliáveis entre si. Portanto, o autor propõe uma forma de solução desses conflitos, a qual dependerá da natureza da norma (ALEXY, 2011, p. 92).

Dessa forma, os conflitos de regras seriam resolvidos caso se inserisse uma cláusula de exceção que extinga o conflito ou caso uma das regras seja declarada inválida. Neste último caso, as clássicas regras de validade entram em jogo, ou seja, a norma posterior revoga a anterior, lei especial derroga a lei geral (ALEXY, 2011, p. 92-93).

Já no caso de colisão de princípios, a solução não está na declaração de nulidade de um deles. Alexy diz que um princípio terá precedência sobre outro, dependendo do caso concreto. Assim, seria possível dizer que os princípios apresentam pesos e que terá precedência aquele que tiver maior peso no caso concreto, o que será avaliado após a ponderação. Isso quer dizer, “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.” (ALEXY, 2011, p. 93-96).

Assim, nasce a fórmula $(P_1PP_2)C$ que pode ser lida da seguinte forma: um princípio (P_1) terá precedência (P) sobre outro princípio (P_2) a depender das circunstâncias do caso concreto (C). O resultado dessa relação condicionada resultará em uma regra que prescreverá a consequência jurídica a ser realizada. Esse raciocínio permite concluir que não existe um princípio com precedência absoluta sobre qualquer outro, bem como demonstrar a importância do caso concreto para a determinação do resultado da colisão (ALEXY, 2011, p. 97-99).

Como se vê, a temática dos princípios é assunto recorrente e fundamental na teoria de Robert Alexy. A sua conexão com a proporcionalidade, segundo o autor, “não poderia ser mais estreita”, uma vez que uma implica a outra. Isso quer dizer, da natureza dos princípios decorre logicamente a

proporcionalidade em suas três máximas (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito). Ou seja, sendo os princípios “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” tem-se que a proporcionalidade em sentido estrito, ou como também é chamada, ponderação, permitirá a relativização jurídica do princípio (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Portanto, para melhor compreender o tema da ponderação, necessário fazer algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade.

2.2 O princípio da proporcionalidade

Para Robert Alexy (2011, p. 117-118), para se chegar a uma decisão de precedência de um princípio sobre outro no caso concreto, necessário fazer a ponderação desses princípios. A ponderação por sua vez, é entendida como a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a terceira análise decorrente do princípio da proporcionalidade.

Em outras palavras, de forma bastante simplificada, pode-se dizer que a proporcionalidade é dividida em três regras: a necessidade, a adequação e a ponderação. A regra da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as regras da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 118).

A análise da necessidade significa dizer que dentre duas medidas que permitem a realização de um princípio, deverá ser escolhida aquela que afeta menos intensamente a promoção do princípio. Ou seja, o objetivo do princípio não pode ser realizado por outra medida menos gravosa, pelo que se pode dizer que a medida selecionada é, então, necessária. A adequação, por sua vez procura avaliar se a medida selecionada como a que menos afeta a realização do princípio de fato realiza o seu objetivo. Caso a resposta seja afirmativa, então a medida é adequada (ALEXY, 2011, p. 119-120).

A ponderação, por sua vez, diferentemente das duas máximas anteriores, decorre da análise das possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização em colisão. Dessa forma, a ponderação pode ser formulada pelo seguinte enunciado, nomeado pelo autor como a regra da ponderação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 163-169).

Assim, a ponderação pressupõe a análise mais estrita da colisão de princípios. É ela quem coloca-os lado a lado, considerando e comparando a importância de realização de um e o grau de afetação no outro. A argumentação utilizada para realizar essa análise é que irá justificar a relação de preferência entre os princípios.

Portanto, percebe-se que a ponderação está inserida no princípio da proporcionalidade, e procura justificar a regra de precedência condicionada, a qual, por sua vez, explica a preferência de um princípio em detrimento de outro.

Em linhas gerais, essa é a uma descrição sintética das formulações de Robert Alexy, nas quais está inserido o contexto da ponderação. Cabível, neste momento, verificar como a doutrina brasileira interpretou e importou as formulações de Robert Alexy sobre a proporcionalidade e a ponderação para o sistema jurídico nacional.

2.3 Críticas à ponderação

Como se vê, a teoria proposta por Alexy é bastante complexa, não cabendo o seu estudo em exaustão no presente trabalho. Cabe ressaltar, contudo, que tal teoria foi desenvolvida pelo jurista alemão pensando na realidade – e especialmente nas particularidades constitucionais – da Alemanha.

Dessa forma, quando analisada pela doutrina brasileira, a ponderação é tratada de forma

significativamente diferente daquela proposta por Alexy, havendo, inclusive, expressivas divergências de conceituação. Para fins de melhor compreensão do tema, que ao final buscará melhor interpretar a norma contida no art. 489 do Código de Processo Civil, importante fazer algumas observações sobre os diferentes conceitos e classificações da ponderação para a ciência nacional.

A primeira acepção do termo ponderação que merece destaque no presente estudo é aquela proposta por Humberto Ávila (2009, p. 143), que entende que esta seria um “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”.

Para o autor, “o postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa”. O importante neste conceito é avaliação de que existe um limite à ponderação, ou seja, um mínimo, “uma coroa interna” intransponível ainda que após o resultado da ponderação (ÁVILA, 2009, p. 149). Por outro lado, Lenio Streck (2014, p. 292) acredita que “a ponderação é um procedimento e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto”.

Já para Luis Roberto Barroso (2006, p. 55-57), a ponderação é uma técnica de decisão própria dos casos difíceis, onde o tradicional raciocínio de subsunção de normas não é suficiente ou adequado para a solução do caso concreto. O autor ainda diz que a ponderação esteve por muito tempo vinculada à teoria dos princípios, nos termos da doutrina de Alexy, mas que hoje já pode ser vista como técnica de decisão autônoma e aplicada a outros ambientes diversos das colisões de princípios. O autor conclui:

Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais. O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes (BARROSO, 2006, p. 57).

De forma similar, Ana Paula de Barcelos (2005, p. 23-24) também entende a ponderação como uma técnica jurídica, sendo utilizada com objetivo de solucionar conflitos normativos em que diferentes valores ou opções políticas estejam em tensão, e a solução seja inatingível pelas tradicionais formas hermenêuticas. No entanto, reconhece que na doutrina e na prática jurídica brasileiras são possíveis identificar diversos conceitos e formas de interpretar a ponderação, podendo ela ser tratada como forma de aplicação de princípios, ou “sem maiores preocupações dogmáticas, como um modo de selecionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios”, ou até mesmo como – segundo creem diferentes autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação, em sentido mais amplo – “como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”.

Como se vê, a ponderação é ora tratada como um método, ora com uma forma de aplicação de princípios, mas também é vista como uma técnica para casos difíceis e até mesmo como elemento indispensável ao discurso.

Apesar de ser bastante difundida na comunidade acadêmica, percebe-se – ao menos no Brasil – certa dificuldade em conceituar e definir os limites do tema. Por estas e outras razões, a ponderação sofre inúmeras críticas, tanto na Alemanha como em outros países.

Dentre seus críticos, destaca-se Jürgen Habermas (1997) que, em sua obra *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, diz que a teoria de Alexy não apresenta critérios racionais para ponderar, que é arbitrária e não coexiste com as exigências de justificação nas decisões judiciais. Esses argumentos também são utilizados por Lenio Streck (2015), que constantemente discute a eficiência da ponderação.

No entanto, importante destacar que muitos são os defensores da ponderação. O argumento que melhor resume a defesa da ponderação no Brasil é de Anizio Pires Gavião Filho (2011), que diz:

A ponderação não é irracional porque é uma fórmula vazia de conteúdo ou um recurso retórico sem referencial jurídico, que opera com variáveis incomensuráveis e que se importa exclusivamente com a justiça do caso concreto. O problema não está na ponderação em si mesma, mas como ela é aplicada para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais.

Assim, possível dizer que existe uma distância significativa entre a teoria da ponderação de Robert Alexy e o que é entendido por ponderação na doutrina nacional. Essa diferença é ainda maior quando se analisa a – incorreta? – aplicação da ponderação na prática judicial.

Não se pretende aqui esgotar o debate acerca da ponderação ou da aplicação da teoria de Robert Alexy no Brasil. No entanto, os pontos ora analisados são suficientes para que se continue o debate e se faça uma análise preliminar, buscando compreender art. 489 do Código de Processo Civil.

3 A DISPOSIÇÃO DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 trata dos elementos e efeitos da sentença. No seu *caput* cuida especialmente dos requisitos da sentença e no seu § 1º da necessária fundamentação da sentença. A redação do § 2º diz: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2017). Além de não apresentar correspondente quando comparado ao Código de Processo Civil de 1973, o § 2º apresenta a única previsão no texto legal onde se vê o termo “ponderação”.

Essa previsão normativa gerou desconfiança e as tentativas de interpretar corretamente o dispositivo – ou ao menos de dar-lhe uma interpretação uniforme – ainda são escassas.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o Enunciado 562, relacionando o art. 489, § 2º, com o disposto no art. 1.022, também do Código de Processo Civil, que trata dos embargos de declaração. O enunciado diz que “considera-se omissa a decisão que não justifica o objeto e os critérios de ponderação do conflito entre normas”. Como se vê, também não houve por parte dos processualistas o interesse ou o consenso necessário para desenvolver a discussão acerca da ponderação no Código de Processo Civil.

Portanto, para fins de fomento da discussão, pode-se dizer que existem algumas possíveis interpretações da ponderação segundo tratado pelo Código de Processo Civil. A seguir, algumas serão examinadas.

3.1 A ponderação com sinônimo de reflexão

A ponderação pode ser entendida como “reflexão”, “raciocínio”, “pensamento”. Lenio Luiz Streck (2015) diz que em decorrência da linguagem específica do direito, não se deve admitir essa forma de interpretação do artigo, e que o Código de Processo Civil, assim, fez referência direta a recepção da teoria de Robert Alexy da ponderação e da argumentação. Acrescenta, ainda, que a importação errônea dessa teoria trouxe consequências gravíssimas para o sistema jurídico nacional, e que a incorporação do termo no texto de uma norma de tamanha relevância para o país como o Código de Processo Civil não poderia ser mantida, pelo que defende a ideia de revogação do dispositivo.

Outro problema, segundo Streck (2015), é que o dispositivo trata da ponderação de *normas* e a teoria de Alexy é baseada em argumentos que defendem a ideia de ponderação de *princípios*, pelo

que o Código de Processo Civil apresentaria ainda uma inconsistência.

Embora parte da crítica de Streck seja pertinente, a mera afirmação de que a interpretação de ponderação como sinônimo de “esforço e justificação de pensamento” não parece correta. No exercício que ora se faz, ou seja, buscar as diversas interpretações possíveis para o art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil, mostra-se justificado interpretar que a lei quer exigir do juiz *que justifique os argumentos e critérios do seu raciocínio*. Ainda, esse entendimento não encontraria problemas com a redação “ponderação de normas”, visto que poderia facilmente ser lida ou reescrita como uma exigência para que o juiz justifique e demonstre o seu raciocínio sobre a ponderação das normas invocadas no conflito.

3.2. A ponderação como incorporação da teoria Alexyana

A segunda interpretação do dispositivo do art. 489, §2º do Código de Processo Civil, assim como contestado por Streck, importaria no reconhecimento de que houve de fato uma incorporação da teoria de Robert Alexy no Direito positivo.

Isso implica dizer que o juiz deve, em cada caso pendente de julgamento, identificado o conflito de normas, realizar a ponderação conforme exigido pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, analisar a necessidade e adequação, bem como, no plano das possibilidades jurídicas, o grau de intervenção de uma norma e a importância de realização de outra, para então se chegar à regra de preferência.

Para Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2017, p. 454), no Estado Democrático de Direito, o processo civil deve ser visto sob o olhar de concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na própria Constituição. Sob esse olhar, a segunda interpretação da ponderação do Código de Processo Civil poderia apresentar dificuldades práticas de aplicação. Isso porque a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da duração razoável do processo, o que também foi incorporado na redação do novo código processual civil brasileiro. No entanto, a ponderação, se realizada da maneira como leciona Alexy, poderia comprometer o julgamento em tempo adequado, haja vista as conhecidas dificuldades do sistema judiciário brasileiro, bem como a situação de asoberbamento do Poder Judiciário.

No entanto, quanto a sua adequação com a técnica processual civil, essa interpretação é acertada para responder aos anseios do Código de Processo Civil de orientação baseada na Constituição Federal e pelo seu “dever de dar tutela aos direitos de maneira geral (formando precedentes) e de maneira particular (decidindo de forma justa as controvérsias e dando adequada efetivação às suas decisões)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p.455).

Por outro lado, essa interpretação provoca uma importante consequência: nova discussão sobre a possibilidade de ponderação de *normas*. Esse debate decorre do fato de que, pela teoria de Robert Alexy, a ponderação é cabível no caso de colisão entre *princípios*. No caso de conflito de regras, como já explicado no primeiro tópico, a resolução do embate se dá pela subsunção: ou se inclui uma cláusula de exceção, ou uma regra deverá ser declarada inválida, visto que num sistema jurídico coeso não podem existir normas contraditórias.

No entanto, como também decorre do que foi desenvolvido no primeiro tópico, alguns doutrinadores nacionais, adaptando a teoria obviamente inspirada em Alexy, ajustaram a teoria para a realidade brasileira, chegando inclusive a permitir a ponderação de regras.

É o caso de Luís Roberto Barroso (2006, p. 67-111), que mesmo antes da redação do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil, já falava de ponderação de regras. Para o autor, ainda que a ponderação de regras enfraqueça o Estado Democrático de Direito, uma vez que viola a separação dos poderes, é preciso reconhecer a existência de casos excepcionais, os quais poderiam inclusive ser vistos como “situações de ruptura”, em que a aplicação de uma regra poderia criar uma grave incompatibilidade com o sistema constitucional.

Assim, sendo admitida essa forma de interpretação da ponderação pelo Código de Processo Civil, abre-se uma nova discussão que importa em identificar se houve erro pelo legislador ao redigir “ponderação de normas”, quando na verdade, pela teoria de Robert Alexy, deveria estar escrito “ponderação no caso de colisão de princípios”, ou se o legislador optou por incorporar no texto legal a ponderação de forma abstrata, como entendida não apenas pelo jurista alemão, mas também como a estudada pela doutrina nacional.

3.3 A ponderação como opção teórica do Código de Processo Civil

A terceira interpretação possível da norma processual em análise diz que a ponderação de que trata o Código de Processo Civil é inspirada na obra de Robert Alexy, mas adaptada pela lei para a realidade nacional.

Em outras palavras, o regulamento processual civil brasileiro, inspirado no objetivo de Alexy de solucionar os casos de conflitos normativos, e buscando, de forma sistêmica, garantir a segurança jurídica, criou uma nova modalidade de ponderação.

Em alguma medida, o Código de Processo Civil realizou o mesmo exercício que muitos doutrinadores nacionais, ou seja, basearam-se no estudo do jurista alemão e o adaptaram a realidade brasileira.

Assim, o Código autoriza o juiz, havendo colisão de normas, a ponderar sobre o referido conflito e afastar de forma racional a interferência de uma norma no caso concreto, devendo, para tanto, justificar o objeto e os critérios do seu raciocínio.

Nesse sentido, a ponderação poderia ser entendida como o exercício intelectual realizado pelo juiz para fundamentar racionalmente a opção pela aplicação no caso concreto de uma norma (princípio) invocada pelas partes e frustrar a aplicação de outra.

Optando-se por esta interpretação, não haveria problemas com a utilização da expressão “ponderação de normas” na redação do art. 489, § 2º do Código de Processo Civil. Isso porque, sendo uma teoria jurídica nova criada pelo Código, não há vinculação ou erro de aplicação da teoria alexyana de resolução de conflitos principiológicos por meio da ponderação.

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2016) julgando positiva a inclusão da ponderação no texto do Código de Processo Civil como importante mecanismo para a solução de problemas jurídicos, entende que a sistematização da ideia remonta aos estudos de Robert Alexy. Mas a lei processual brasileira incluiu a ponderação na sua forma mais ampla, conduzindo a uma espécie de “ponderação à brasileira”. O autor diz ainda:

a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional. Sem essa fundamentação, a ponderação não pode ser utilizada, como consta expressamente do Novo CPC (TARTUCE, 2016).

Assim, a ponderação do Código de Processo Civil deveria ser lida como um “artifício civil-constitucional” que deve ser aprimorado no Brasil para permitir a resolução de situações e hipóteses fáticas complicadas. Diante da complexidade contemporânea, a subsunção de normas e as tradicionais técnicas de interpretação se mostraram insuficientes, pelo que a técnica da ponderação como tratada no CPC se mostra uma ferramenta adequada (TARTUCE, 2016).

Ademais, sendo entendida como meio para se obter racionalmente a justificativa de aplicação de uma norma sobre outra, igualmente não haveria objeção ao uso da ponderação para tratar da colisão de princípios e regras.

Por fim, pode-se ainda analisar a sintonia dessa forma de interpretação com a coerência sistêmica

do Código de Processo Civil. Isso porque uma das grandes modificações trazidas pelo Código foi uma maior exigência de fundamentação por parte dos juízes e tribunais. Além disso, princípios do Código de Processo Civil da cooperação e da motivação das decisões. Com relação a este último princípio, merece destaque o comentário de Daniel Amorim Neves (2015, p. 27-30), para quem o art. 489 do Código possui notória relevância no tocante à motivação e fundamentação das decisões. Assim, no novo sistema processual brasileiro, a técnica da fundamentação suficiente³ foi superada, dando lugar a exigência de fundamentação exauriente. Ademais, com o aumento do papel dos precedentes, a fundamentação adequadamente ponderada e justificada seria essencial para a validade e qualidade da jurisprudência.

3.4 Considerações finais

Como se vê, existem atualmente diferentes formas de interpretação do dispositivo do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil. Algumas foram trabalhadas nesse texto, sem que houvesse a pretensão de esgotar o debate.

A princípio, parece que a interpretação da ponderação no Código de Processo Civil como opção teórica do legislador pode ser melhor justificada e se adequa melhor ao sistema processual vigente. No entanto, ainda é possível incrementar o debate.

O que se espera é que essas considerações fomentem a discussão sobre o tema, de forma que, com o olhar e estudo de demais pesquisadores, seja possível identificar a melhor interpretação da norma, de maneira a manter a unidade do sistema jurídico nacional sem que haja comprometimento com a técnica jurídica adequada.

5 CONCLUSÃO

Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* procura responder de forma racional às questões relativas a direitos fundamentais, analisando as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. A análise é baseada na realidade jurídica daquele país, e o autor preocupa-se tanto com a teorização quanto com a aplicação da sua tese.

Um dos principais pontos da teoria alexyana refere-se a análise do sistema jurídico como um composto de normas, ou seja, a coexistência de regras e princípios. Enquanto regras são normas devem ser satisfeitas – ou ter discutida a sua validade – os princípios são mandamentos de otimização, o que significa que se tratam de normas que exigem a realização de determinada disposição na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Essas duas espécies de normas distinguem-se com mais evidência no caso de conflitos de regras e colisão de princípios. Assim, regras devem ser necessariamente satisfeitas – ou ter incluída uma cláusula de exceção –, caso contrário uma das regras em conflito será declarada inválida. Os princípios, por outro lado, deverão ser relativizados juridicamente para permitir que ambos possam coexistir harmonicamente no sistema. Para realizar essa relativização deve-se realizar um exame da proporcionalidade das medidas: a necessidade e adequação analisa as possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito,

3 Sobre as técnicas de fundamentação diz Daniel Neves (2015, p. 28): “Há duas técnicas distintas de fundamentação das decisões judiciais: exauriente (ou completa) e suficiente. Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na fundamentação suficiente basta que enfrente e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem ser baseados em várias alegações, na fundamentação suficiente o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento de defesa”.

ou seja, a ponderação, examina as possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização colidentes.

Dessa forma, a ponderação pode ser sintetizada na lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 167). Isso quer dizer que a ponderação realiza uma análise estrita da colisão dos princípios, comparando o grau de realização de um e o grau de afetação no outro, justificando racionalmente a relação de precedência condicionada.

No Brasil, a teoria de Robert Alexy foi bastante difundida e estudada por diferentes juristas. No entanto, é possível perceber um afastamento da teoria brasileira com a teoria alemã, sendo que a ponderação da doutrina brasileira é tratada como método, como forma de aplicação de princípios, como técnica e outros. Além disso, apesar de diversos Tribunais fundamentarem suas decisões baseados – supostamente – na teoria alexyana, não é fácil encontrar um único julgado no país onde houve a correta aplicação da ponderação.

Apesar dessas significativas diferenças, o Código de Processo Civil de 2015 foi promulgado com uma referência à ponderação em seu texto. Trata-se do art. 489, § 2º, o qual diz que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2017). Essa disposição autoriza, no mínimo, três interpretações.

A primeira diz que ponderação é um sinônimo da palavra reflexão. Foi apenas uma palavra escolhida dentre as possibilidades permitidas pela língua portuguesa.

A segunda interpretação possível do art. 489, §2º do Código de Processo Civil pressupõe a incorporação da teoria alexyana no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, quando a lei exige que o juiz justifique a ponderação efetuada, espera-se que esta seja realizada da maneira justificada e ensinada por Alexy.

A terceira interpretação sugere a existência de uma teoria da ponderação criada pelo Código de Processo Civil. Ainda que inspirada nos ensinamentos do jurista alemão, essa ponderação é independente e adaptada para a realidade jurídica do Brasil.

No momento, essa última interpretação parece ser atraente, contudo carece de fundamentação. Ainda não ficou claro qual seria a diferença entre a ponderação conforme concebida e desenvolvida por Robert Alexy nos 40 anos de sua obra e a sugerida ponderação à brasileira. De qualquer modo, deve-se reconhecer que a ponderação no sentido formulado por Robert Alexy, em alguma medida, parece ter inspirado o legislador do Código de Processo Civil de 2015. Então, cabe aqueles a quem compete o dever de interpretar e aplicar o Direito positivo para resolver casos concretos, empregá-la corretamente, exatamente conforme os critérios e exigências concebidas e desenvolvidas por Robert Alexy.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros Editora. 2011. 669 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23/07/2017

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*. Editora Tempo Brasileiro. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3. ed. rev. atual. E-book. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, Alterações, Supressões Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!*. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 20/07/2017.

TARTUCE, Flávio. *Técnica da Ponderação no Novo CPC: posição favorável*. Artigo Jornal Carta Forense. Capa Fevereiro 2016. Publicada 02/02/2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tecnica-da-ponderacao-no-novo-cpc-posicao-favoravel/16216>>. Acesso em: 23/07/2017.

Recebido em: 19/10/2017

Aprovado em: 15/06/2018

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Helton Carlos Praia de; POZZETTI, Valmir César. Preconceito racial e justiça social: uma visão epistemológica jurídica a partir da arte. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.74-84, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/07/DIR34_05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.